

法定主义、兜底条款与法官造法

——《著作权法》第十条第一款第(17)项的解释论

Numerus Clausus, Save Clause and the Judge-made Law

杜志浩

DU Zhi-hao

【摘要】 对知识产权法定主义的论证,应先予考察法定主义在私法中的源流及功能。物权法定主义的形式理由在于维持物债二分之体系,其法政策目的则在于维护法律安定性及公众自由,上述理由同样适用于著作权法定。法定主义与法官造法并非对立范畴,而是原则与例外的关系。《著作权法》第十条的兜底条款仅为法官造法的授权规范,并未否定法定主义的立场。法定主义要求著作权的种类规范和内容规范原则上应独占适用,唯在例外情况下才能进行法官造法。

【关键词】 知识产权法定主义 著作权法定主义 私法体系 兜底条款 法官造法

【中图分类号】 DF523.1 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2018) 01-0108-14

Abstract: The demonstration of the numerus clausus principle in intellectual property law is based on the premise that we have figured out the origin and function of this doctrine in private law. The numerus clausus is one of the structural principles building the system of civil law with a division between Sachenrechte and Forderungsrechte. Its legal policy is aimed at safeguarding the stability of the law and public freedom. All of above applies to the numerus clausus of copyrights. The numerus clausus and the law making of judges are not antagonistic categories, but indicate a relationship between rule and exception. The save clause in Article 10 of the current Chinese Copyright Law is nothing more than a legislative authority of the judge-made law, which in itself did not mean that the numerus clausus was abandoned. Accordingly the norms about categories and contents of copyrights should be exclusively applied and the judge-made law can only occur in exceptional circumstances.

Key words: Numerus clausus for intellectual property Numerus clausus for copyright System of private law Save clause Judge-made law

【收稿日期】 2017-07-12

【作者简介】 杜志浩,男,1990年3月生,德国哥廷根大学法学院博士研究生,研究方向为民法、知识产权法。

【基金项目】 国家社科基金一般项目“侵权责任法实施中的疑难问题研究”(项目编号:12BFX083);国家建设高水平大学公派研究生项目(项目编号:留金发[2014]3026号)。

鸣谢:本文的核心观点曾在2017年5月28日南京大学法学院主办的“第十九届费彝民法学论坛暨第二届紫金法解释学论坛”上宣读,并得到苏永钦教授、方新军教授、解亘教授、王文军副教授等与会专家的批评与指点,在此谨致谢忱,一如成例,文责自负。

一、问题的提出

法定主义 (numerus clausus) 原本是物权法的一项基本原则。根据法定主义, 物权的种类和内容只能由法律规定。在知识产权领域, 以郑胜利、崔国斌、李扬为代表的学者则在十几年前提出并论证了知识产权的“法定主义”。〔1〕这一学说逐渐得到了学界和实务的广泛认同, 并上升为知识产权法学的主流话语。新近出台的《民法总则》第123条第2款规定: “知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利: (一) 作品; (二) 发明、实用新型、外观设计; (三) 商标; …… (八) 法律规定的其他客体。”据此, 知识产权的客体只能由法律明确规定。由于上述法条所列举的每一项客体都对应一个独立的知识产权类型, 可以认为, 实定法至少较为曲折地承认了知识产权法定主义“种类法定”的这一侧面。

著作权是一项典型的知识产权, 而著作权又包含了复制权、发行权、放映权等一系列子权利。如果我们认同知识产权法定主义, 那么著作权作为知识产权的一个单元, 适用法定主义也是顺理成章, 其各项子权利的种类和内容应当仅由法律确定。若不然, 著作权将成为知识产权法定主义的一个缺口, 知识产权的疆域可以在著作权的外衣下任意拓展, 所谓法定主义也就名存实亡。然而, 《著作权法》第10条第1款在列举了著作权的各项子权利后, 又在第(17)项规定, 著作权还包括“应当由著作权人享有的其他权利”。这一兜底条款明白无误地表明, 著作权的子权利并不限于法律明文列举的几种类型, 这与法定主义的立场似乎是相左的。有的学者即以此为依据, 认为著作权并无适用法定主义的余地, 〔2〕而支持著作权法定主义的学者则从立法论上主张将该兜底条款废除。〔3〕

如果承认著作权的法定主义, 就不得不面对这一疑虑, 即《著作权法》第10条第1款第(17)项的兜底条款与法定主义的关系究竟是什么。这一点尚未澄清之前, 一切结论都会是武断的。因此, 本文拟从解释论的角度, 直面权利兜底条款与法定主义之间所可能存在的冲突问题。作为解释论的基础, 本文首先要解决的任务, 是如何理解法定主义以及如何将著作权法定主义正当化。其次, 本文将运用法解释的方法, 还原《著作权法》第10条第1款第(17)项的规范意旨。只有分别厘清上述两个方面, 才能正确揭示法定主义与兜底条款之间的关联。

二、解释论之基础: 私法体系中的法定主义

回顾国内知识产权法的学说史可知, 知识产权法定主义的论断兴起于一场对知识产权“自然权利观”的批判。例如, 郑胜利认为, 在知识产权的劳动财产权背后, 还存在“社会福祉”这一更普遍的利益, 知识产权需要平衡不同的利益诉求, 而这只能通过立

〔1〕 参见郑胜利: “论知识产权法定主义”, 《中国发展》2006年第3期; 李扬: “知识产权法定主义及其适用”, 《法学研究》2006年第2期; 崔国斌: “知识产权法官造法批判”, 《中国法学》2006年第1期。

〔2〕 参见张今、郭斯伦: “著作财产权体系的反思与重构”, 《法商研究》2012年第4期。

〔3〕 参见刘铁光: “论著作权权项配置中兜底条款的废除”, 《政治与法律》2012年第8期。

法层面解决；〔4〕李扬认为，洛克的劳动财产权理论不能完美解释知识产权的正当性，因此必须通过工具主义的制定法加以修正；〔5〕崔国斌亦认为自然权利观念是导致知识产权法官造法泛滥的原因，而中国的知识产权法奉行的实为功利主义，因此应坚持知识产权法定，以尊重制定法所创设的利益平衡。〔6〕总结起来，这些对知识产权法定主义的论证虽各有不同，但基本上殊途同归，即都认为知识产权不能被视为一种自然权利，知识产权作为公共政策的产物，承担着对公益的考量，因而必须强调制定法的权威，否则将危及知识产权法所维护的公共利益。

从理论话语的表述来看，知识产权法定主义的提法应当是取道于“物权法定主义”。但是令人疑惑的是，既往的研究几乎没有论及二者的关系。从私法的整体性视角来说，这一点并非可以忽视。既然知识产权是一种私权，而知识产权法是民法的特别法，那么知识产权的“法定主义”和物权的“法定主义”就应当是同一种言说，拥有同样的规范内容和适用逻辑。物权法定主义肇始于德国法。《德国民法典》未对法定主义做明文规定，但法定主义在立法之初已然成为一条不证自明的公理。在《德国民法典》的立法理由书（Motive）中，仅以寥寥数语表达了立法者对法定主义的肯认：“债法的合同自由原则，不适用于物权法。此处适用完全相反的原则：当事人只能创建法律允许的物权。物权的数量因而必须是封闭的。”〔7〕显见的是，法定主义的对立面是意思自治，二者分别构成统驭物权法和债权法的原则。

将视线转向知识产权法，可以发现，知识产权法学者所主张的“法定主义”与物权的“法定主义”实为貌合神离。知识产权究竟是法定权利还是自然权利，与知识产权的设立应当依据法定主义还是意思自治，两者之间并没有绝对的关联。法定权利和自然权利之争，回应的是权利正当性的初始命题，而并未对实定法下权利的具体运行表达关切。无论知识产权是发现的还是自然的，只要已经上升为法定权利，其权利的运行必然要受到法律规则的约束，维护实定法的权威是法定权利的题中之义，但是法律究竟为这种法定权利规定了何种具体的调整手段，始关乎法定主义是否适用的问题。以物权为例，物权常常被认为是自然权利，但立法者对法定主义的引入却未显迟疑，即使法定主义已然成为物权法的基本原则，也不妨碍我们在法理学的层面继续反当物权的自然权属性，并藉此强调这种财产权的神圣与尊崇。

知识产权法学者对法定权利观的论证，无异于道明了现代知识产权法的非回应性特征，其非凡意义在于剔除裁判者动辄设定权利保护的主观倾向。不过，要遏制自由法学之任意，单以“法定权利”之谓，甚或另辟蹊径，举宪法上“法律保留”之原则，皆能实现此等目的。若论及知识产权的“法定主义”，则必须先置于整个私法体系中考察物权法定主义的源流与功能，唯如此，才能避免在知识产权领域陷入脱离体系关照的自说自话当中。立足于此，本文拟参照物权法定主义的正当理由，检视知识产权法定主义之合理性。如此一来，对知识产权法定主义的论证就转换为如何将物权的法定主义“嫁接”于知识产权的问题。囿于主题，下文主要以著作权为例进行说明。

〔4〕 参见前注〔1〕，郑胜利文。

〔5〕 参见前注〔1〕，李扬文。

〔6〕 参见前注〔1〕，崔国斌文。

〔7〕 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 5 Bände (I-V), 1888, Bd. III, S. 3.

（一）法定主义与物债二分

物权法定主义是以概念法学为主导的体系化的结果，物债二分是潘德克顿法学体系的核心，而引入法定主义的根本原因正是为了实现物权和债权的严格区分。在潘德克顿学派看来，围绕特定物上的权利，究竟哪些属于物权，哪些属于债权，无法仅从物权债权的概念中演绎认定，因此这类权利的种类和内容应当由法律明文规定，从而与依契约自由而设立的债权相区隔。^{〔8〕}通过在民法中设立法定主义和意思自治这两种不同的法律调整手段，以物债二分为结构的民法框架得以精确建立起来。因此，物权法定主义本质上是实现民法体系建构的一项结构性原则。

法定主义自始担纲的重任，非为实现某种法政策目的，而仅为实现物债二分的概念体系。尽管这一划分不可能在逻辑上完全周延，但物权和债权的概念及各自迥异的调整方式，已广为学界与实务所接受，成为贯穿大陆法系民法的基本范式。著作权是否适用法定主义，取决于其如何在物债二分的体系中找到合理的定位。申言之，即著作权应当以“物权”或是以“债权”对待。概念上，物权是为“对有体物的绝对支配权”，绝对、支配和有体物为物权的三个构成要素；债权则为“请求特定人为或不为某种行为的相对权”，其包含的要素为相对权、请求权和他人行为。^{〔9〕}显然，著作权等知识产权类型在结构上与物权更为相似：著作权人得以其权利对抗任意第三人，这以法律赋予停止侵害等“物上请求权”及损害赔偿等侵权请求权为保障，是为绝对权；著作权的行使表现为对作品这一客体的直接管领与控制，是为支配权；唯著作权的客体——作品，非为有体物，而以“无体性”为特征。

所谓有体、无体，区别在于是否占有一定的空间而存在。然而，这一看似泾渭分明的界限并非牢不可破。一方面，民法中“物”的概念已经表现出背离“有体物”的趋势。在学理上，早有学者主张对“物”进行扩大解释。例如，史尚宽在其《民法总论》一书中指出：“物者，谓有体物及物质上法律上俱能支配之自然力，……物不以有体为限，其经济上之效用与有形之物相同者，亦可称为物。”^{〔10〕}尹田认为，若将有体物之外无形财产确定为物权的标的，不失为“民法及物权法的一种进步”。^{〔11〕}即使在民法上坚持“物必有体”的德国，实践中已经将物权法的一些规则类推适用于传统意义的无体物上，例如，当购买的计算机软件等智力产品存有运行失败之类的缺陷时，联邦最高法院即主张对软件的出卖人适用物的瑕疵担保责任。^{〔12〕}另一方面，以著作权为例，作品的“无体性”也是一个似是而非的概念。作品虽然是精神世界的产品，但其受到著作权保护的一个前提条件是可以被“固定”在有形的载体上。^{〔13〕}换句话说，作品必须存在以“有体”的方式表现出来的可能性。实际上，绝大多数的作品都是以有体的形式存在，真正“无体”的作品——比如未被实际固定的口述作品或现场表演等——实务中相当鲜见。

面对“物”对“有体性”以及“知识产品”对“无体性”的双双失守，有体或无体

〔8〕 参见张鹏：“物债二分体系下的物权法定”，《中国法学》2013年第6期，第70页。

〔9〕 参见金可可：“债权物权区分说的构成要素”，《法学研究》2005年第1期，第25页。

〔10〕 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第248~249页。

〔11〕 参见尹田：“论物权与知识产权的关系”，《法商研究》2002年第5期，第5页。

〔12〕 Vgl. BGH NJW 2007, 2394 Tz. 15; BGH NJW 1993, 2436, 2438.

〔13〕 参见崔国斌：《著作权法》，北京大学出版社2014年版，第120页。

显然并非物权与著作权等知识产权之间难以逾越的鸿沟。历史上看,“有体物”和“无体物”之间的界分起源于罗马法,其中“无体物”仅指具有金钱价值的权利,而囿于当时的认识水平,“知识产品”尚没有进入罗马法的视野。^[14]深受罗马法影响的《德国民法典》继受了这一对物的分类,并将民法中的“物”限定为有体物,而在知识产品私权或所有权观念已不陌生的19世纪末,以温德沙伊德(Windscheid)等法学家为代表的民法典起草者坚持认为知识产品就是“权利”本身(无体物),就此人为制造了将民法中以物为基础的财产法规则适用于知识产权的藩篱。^[15]事实上,早在《德国民法典》起草之初,立法者已经注意到将著作权、发明权等权利置于民法中的可能性,不过由于在这之前已经存在相关领域的单行法律,立法者最终选择搁置体系化的努力。^[16]易言之,德国民法“物”之概念的封闭性,实为特定条件下的历史产物,绝非“放之四海而皆准”的道理。这一点其实从其他大陆法系国家的立法例即可得到证实:《奥地利民法典》第285条即规定“所有与人相区别、而为人所使用者,皆可称之为法律意义上的‘物’。”《法国民法典》则使用了“财产”的概念,将无体的财产同样纳入其中。^[17]我国《物权法》也指明“本法所称物,包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的,依照其规定”,说明立法者并未拒斥有体物之外的客体成为民法上的“物”。

不过,“有体物”与“作品”终归分属不同的“物”,其物之存在方式及规律确有所不同。在阐述“无体性”时,有一些学者认为,知识产品的“无体性”并非指其不占有一定的空间而存在,而是应当被理解为“知识产品与载体的可分离性”,^[18]即知识产品可以存在于无数个不同的载体之中,而不依赖特定的载体而存在。这种理解其实已经突破了“无体性”的字面含义,毋宁说是道明了知识产权客体的“无处不在性”(Ubiquität):比如一部作品只要被公之于众,它就可以在不同的载体之间复制,从而同时被多人使用,著作权人对作品的实际控制力变得极其微弱。^[19]建基于客体的无处不在性,著作权等知识产权已然演化出自身特有的规则。要打破“物权”与“知识产权”在客体上的壁垒,从而将全部物权规则转用于知识产权,既无必要,亦非易事。唯对于物债二分而言,继续坚持对物权和债权概念的既有理解,显不能再一以贯之地维系整个私法的权利体系。事实上,在潘德克顿法学物债二分体系的历史图谱中,两相区隔的论述重点始终在于“对物权”(dingliches Recht)与“对人权”(persönliches Recht)在“支配权—请求权”以及“绝对权—相对权”两个层面的对峙。“物权”(Sachenrechte)的

[14] 参见周相:《罗马法原论》,商务印书馆2009年版,第276页。

[15] Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band, 5. Auflage (1882), § 137 S. 142.

[16] Vgl. Vorlagen für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht I, S. 495.

[17] Vgl. Staudinger/Jickeli/Stieper, Kommentar zum BGB, Bearbeitung 2004, Vorbem. zu §§ 90~103, Rn. 7.

[18] 参见王迁:《知识产权法教程》,中国人民大学出版社2013年版,第7页;郑成思:《知识产权法——新世纪初的若干研究重点》,法律出版社2004年版,第180页。

[19] Vgl. Reh binder, Urheberrecht, 16. Auflage (2010), Rn. 3;这一特征亦被部分国内学者称为“可共用性”或“可分授性”,参见齐爱民:《知识产权法总论》,北京大学出版社2010年版,第170页;张玉敏:“知识产权的概念和法律特征”,《现代法学》2001年第5期。

概念独为温德沙伊德所推崇，且仅出现在其《潘德克顿法学教科书》后来的几个版次中。^[20] 鉴于“物权”概念的局限，当代德国民法学者在论及物债二分，更多使用的是“对物权”的概念，而仅以“物权”（Sachenrecht）的单数形式代指民法典中的有体物规范——“物权法”。如此，“对物权”的概念可以匹配更广的外延，从而赋予物债二分全新的容纳空间。例如，卡纳里斯（Canaris）即认为，符合“支配权”与“绝对性”两个要素的权利就可以被称为“对物权”，则其客体不限于有体物，亦包括权利。^[21] 而在民法的话语体系中，“对物权”或“物权性”（Dinglichkeit）常又进一步剥离“支配权”的要素，俨然成为“绝对权”之代名词，所谓债权的物权化（Verdinglichung），毋宁说是债权的绝对权化（Verabsolutierung）。在民法权利样态复杂化的背景下，物债二分的其中一个要素“绝对权和相对权二分”渐次凸显。将物债二分理解为“绝对权相对权二分”，即成为使其继续统摄整个私法体系的权宜之计。由此一来，著作权等知识产权即可在权利二分的体系寻得合理的定位，其绝对权的特征足堪成为适用法定主义的形式理由。

（二）法定主义的法政策目的

私法物债二分的概念体系是引入法定主义的根本动因，而法定主义所伴随的法政策目的则进一步巩固了其作为民法原则的地位。体系化的形式要求虽然重要，但若知识产权的法定主义不能实现特定的法政策目的，甚或与实务的需要相抵牾，则其适用性仍值得怀疑。揆诸物权法定的法政策理由，计有三种：一曰保护所有权之完全性；二曰法律的安定性或交易安全；三曰自由保护。这三者是否同样适用于知识产权，有待逐一论证。

完全性或圆满性是所有权的本质特征，对所有权权能的分离则属于例外情况，因而需要法律的特别规定，若任由当事人创设，则会为所有权设置过度的负担。^[22] 因此，法定主义要求定限物权的类型和内容由立法强制。不过，就知识产权法定主义而言，目前（国内学者）的学理观照主要仍限于权利人究竟原始享有哪些知识产权，即知识产权在“所有权”层面具体包含哪些权能。本文所讨论的亦是著作财产权所包含的各种子权利，而不关涉著作权权能的分离（著作权许可、使用权）。因此，这一理由暂无探讨之必要。^[23]

法律的安定性（Rechtssicherheit）或交易安全（Verkehrsschutz）无疑是法定主义最常为人道的理由。^[24] 概言之，绝对权可对抗任何人，因而意味着对任意第三人的负担。倘若法律不明确绝对权的类型和内容，则相对人难免陷入动辄得咎之虞。因此，绝对权设定采法定主义，是为民事主体的自由生活提供了必要的警戒线。作为一种绝对权，权利的确定性对知识产权来说同样不可或缺。未知的知识产权权利类型和内容，即是第三

[20] Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band, 7. Auflage (1891), § 38.

[21] Vgl. Canaris, FS Flume (1978), S. 373.

[22] Vgl. Brehm/Berger, Sachenrecht (2006), Rn. 1. 36.

[23] 原因在于，学界对著作权许可的物权性这一前置性问题尚缺乏足够的学术讨论。就目力所及，仅熊琦教授注意到了这一层面，恰是在讨论著作权法定主义时，其认为著作权许可可以被视为一种无形财产役权，故也应受法定主义的约束，参见熊琦：“著作权法定与自由的悖论调和”，《政法论坛》2016年第3期。

[24] Vgl. Baur/Stürner, Sachenrecht (2009), § 1 Rn. 7 ff.

人不可预期的负担：对权利的继受人或被许可人而言，权利的行使将承担更多的束缚；对债权人而言，意味着无法预计的财产归属；对公众（知识产品的使用者或消费者）而言，则是更大的侵权风险。因此，若知识产权的设定采取意定主义，交易安全殊难得以保障。不过，以奥利（Ohly）教授为代表的学者则认为，由于知识产权缺乏物权那样的公示手段，权利事实往往在诉讼中才能得以明晓（故被称作“诉讼中的准物权”），因而其对法律安定性的依赖性较低，也自不需要借助法定主义去实现所谓的交易安全。^[25]诚然，知识产权客体的“无处不在性”使得占有不可能成为行之有效的公示方法，而登记成本之巨，亦使得知识产权无法全面效法物权的登记制度。尤以著作权为例，更是以国际条约为基础，确立了自动保护之原则。^[26]公示方法的缺席，也使得保护第三人的善意取得制度无从建立。因此，知识产权权利保护的不确定性始终难以克服。在物权法中，法定主义与公示原则通常被认为是相辅相成的关系：法律明确权利的种类和内容，而权利则以公示的手段为公众所知晓，二者“共同朝着实现物权绝对性的目标形成合力作用”，确保了交易安全与便捷。^[27]然而，只要认可法律安定性是为任何法域不可或缺之价值，则知识产权缺乏公示之手段，岂非恰能证明法定主义之于交易安全的不可替代性？至少，知识产权制定法的权利清单能为知识产权的法律交往提供确定的指引，不仅使不特定的第三人知晓权利的界限，亦通过权利的定型化使权利的交易人便于裁选交易之内容。权利存在之状态已难掌握，假若法定的权利种类与权利内容都无从期待，则知识产权法所规范的生活将势如充满不确定性的“沼泽地”。

法定主义的另一个理由是保护公众的自由。申言之，立法者在设定绝对权时，不仅要保护权利人的利益，同时也要借此为不特定的公众预留自由的空间。^[28]在知识产权领域，无论客体的无处不在性、创造的连续性，抑或知识产权的公共政策性，这些论断皆证明，相比于物权法而言，知识产权法应当更为重视保护公众之自由。既往学者论证法定主义时所强调的功利主义立场，正是着眼于此。知识产权的设定应采法定主义，盖因“立法者对知识产权的选取，乃是基于以下两个方面的权衡，一方面，要为权利人提供适当保护，另一方面，则要通过设计权利的保护条件和保护限制确保公众使用知识产品的自由，以促进知识的生产过程”。^[29]因此，自由保护对于知识产权法定而言构成一个更为有力的法政策理由。不过，对于这一点，也不乏质疑的意见。例如，奥利即认为，对于新的技术手段和商业模式层出不穷的知识产权领域而言，立法者未对某些利益提供绝对权保护，往往并非要刻意公众预留自由空间，而更多的是超出预见范围的法律漏洞。^[30]因而，奥利反对知识产权适用法定主义，主张允许法官续造新的权利类型，以镶补法律之漏洞。问题在于，法律漏洞易于出现，是否就要全盘否认知识产权立法的确定性？实践中，当某种知识产权未被立法承认时，应当由法官判断这种保护的空缺究竟是法律预留的自由空间，还是立法者不可避免的法律漏洞。若为前者，则不予提供权利保护，此仍为法定主义之运用；唯在后者，当法官确认法律漏洞并以法律续造的方式

[25] Ohly, in: FS Schrickler (2005), S. 116.

[26] 即便采注册登记制的商标和专利，其公示效力与不动产登记亦不可同日而语。

[27] 参见常鹏翱：“体系化视角下的物权法定”，《法学研究》2006年第5期，第8页。

[28] 参见前注〔25〕，第118页。

[29] 同上，第107页。

[30] 同上，第118页。

弥补时，是否就意味着摒弃了法定主义？此即关涉“法定主义”与“法官造法”的关系。

（三）法定主义与法官造法

将法定主义与法官造法视为对立范畴，是学界颇为流行的见解。然而，在法定主义引入之初，这一原则就从未意图排除创设新型物权的所有可能方式。权利设定采法定主义，是对立法水平的高度信赖，然而立法者的理性能力有限，不可能全知全觉地顾及复杂社会生活的方方面面。“人之理性的构成性限度不可能使人建构出一种确定不变或一劳永逸的‘个人权利表’以应对人类社会日益演化的各种繁复情势。”^{〔31〕}《德国民法典》的立法者仅仅从各种自然法的物权中选择了符合当时交易情势和交易需要的类型，并将其纳入民法典的物权清单中，其对法定主义的肯认，并不等于意欲排除未来以立法或法官造法的方式扩充这一清单。“决定采纳法定主义仅仅是决定了这一原则本身，而不是决定了个别的物权及其质量。”^{〔32〕}根植于民法“物债二分”体系的法定主义，与其相对立的是当事人的意思自治，而非法官造法。卡纳里斯即指出：“从绝对权的法定主义不能得出禁止法官造法的结论，因为法定主义面向的是当事人，而非法律的适用者。”^{〔33〕}易言之，法定主义仅仅是拒绝当事人通过意思自治创设针对任意第三人的法效果。如普维庭（Prütting）所言：“通过法律续造行为发展新的物权类型，并没有影响物权法定主义原则的效力。”^{〔34〕}在物权法的实践中，以法官造法的方式续造新类型物权（如期待权、让与担保等）并不鲜见，与其将这种现象称为“物权法定的缓和”甚或以此唱衰物权法定，^{〔35〕}倒不如认清“法定主义”自始就是一个相对性的原则，其效力原本就限于限制民事主体的意思自治。然而，新兴物权毕竟不是由法官凭空创设，而必然先由民事主体在法律实践中创造，法官造法不过是对当事人创设物权的评判与回应，此等效果既然为法定主义所不允许，则法官对新兴物权的肯认就必须限于狭隘的例外情况，否则，法定主义原则将沦为一个“空壳”（nudum ius）。

明晓法定主义与法官造法的“原则与例外关系”之后可知，即便在知识产权领域，以法官造法的形式创设新知识产权更为常见，也不能以此为根据否弃法定主义，否则即是以例外否认原则。在知识产权领域，尽管需要对新兴的技术手段和商业模式做出回应，也不能以牺牲法律的安定性为代价。奥利虽对知识产权法定主义做出批评，但其所反对的毋宁说仅仅是“种类法定”这一面向，他指出，在证明确系法律漏洞的情况下，法官造法也必须考虑多方利益，审慎进行决定，并最终须依赖法教义学归纳出新兴权利的构成要件和权利限制。^{〔36〕}可见，奥利认为仍须坚持“内容法定”以维护法之安定性。显然，法官造法的活动要受到各方面的限制，一方面要探明立法原意，明确权利真空系属法律漏洞；另一方面，又须在弥补法律漏洞时兼顾各方利益之平衡，两者均非易事，因而客观上也只能存在于少数的例外情况中。

〔31〕 邓正来：《自由与秩序》，中国社会科学出版社2002年版，第35页。

〔32〕 Wiegand, in: FS Kroeschell (1997), S. 641.

〔33〕 Vgl. Canaris, in: FS Flume (1978), S. 376.

〔34〕 Prütting, Sachenrecht (2008), Rn. 20.

〔35〕 认为法律续造构成了对法定主义原则的削弱，参见 Westermann, Sachenrecht (2011), S. 30；还有学者认为至少在动产物权方面已经可以废除法定主义原则，参见 Wieling, Sachenrecht (2007), S. 9。

〔36〕 参见前注〔25〕，第116f页。

然而，知识产权法带给世人的“开放性”印象，很大程度上源于“知识产权”概念的不周延性及其体系的不完备性。何谓知识产权？学理至今不能对其做出体系化的定义，亦无从抽象出各种传统知识产权类型的共有特征。在法律的术语表达中，知识产权逐渐成为“无形财产权”的同义语，于是财产化的人格权、竞争法上的直接成果保护、体育赛事转播权、域名权等与知识创造关系淡薄的权利均登堂入室，然而却无人直面为何这些权利可以被称作“知识产权”的诘问。如此一来，知识产权法定主义从概念确立之起就留下了被攻讦的空间。就本文重点关注的著作权而言，则以对作品的教义学定义（思想表达二分、独创性）为起点，形成了自身的牢固范式。因而，著作权的权利体系几乎不会被某种异类所吞噬，法官续造新型著作权类型的实例相当有限，以法官造法之相对频繁否认“种类法定”之途，至少在著作权法领域是行不通的。

三、解释论之展开：《著作权法》第十条兜底条款的法解释

著作权法定主义兼备形式上及实质上的理由，进一步需要澄清的是，《著作权法》第10条第1款第（17）项的兜底条款——“应当由著作权人享有的其他权利”——是否从立法层面否弃了权利法定的立场。为此，须运用法律解释之方法，对该条规范的涵义与意旨进行解释。

（一）文义解释

初看起来，《著作权法》第10条第1款第（17）项的文义似乎很明确：著作权人的权利不局限于前文列举的各种权利。但是，能否从中当然得出否定法定主义的结论则是存疑的。上文已述，“权利的类型和内容由制定法确定”是为法定主义的正面表述，而其反面含义是限制当事人任意创设权利之自由。从该条文的字面含义来看，当事人的这一意思自治并未被明确承认。对于条文中的“应当”一词，可以理解为隐含了一种“筛选、过滤”之意，即表明民事主体的任何权利需要并非都可以上升为规范性权利。当然，这并非对该条文字面含义的唯一理解方式，“应当”也可以理解为所有其他权利均“应当”受法律保护。何种结论更为可靠，还需借助其他解释方法的验证。

（二）体系解释

体系解释强调沿循法律的整体脉络去理解具体的条文。从《著作权法》的条文看，除了权利配置的兜底条款，并无否定法定主义的疑似证据。相反，该法富有中国立法特色的第一条开明宗义地道明了著作权法整体“精神气质”，即这部法律不仅要保护作者的“著作权”，鼓励作品的“创作”，还要促进作品的“传播”，以及“社会主义文化和科学事业的发展与繁荣”。一般而言，民法规范主要是技术性规范，目的独立性是私法的重要品性，故而目的性条款对法解释而言常无足轻重。^[37]然而，对于附带明显社会义务的知识产权法域而言，类似的目的条款对法律解释而言独具指引意义。从《著作权法》第1条，足以解读出私权垄断和公共利益至少是著作权法中两个并驾齐驱的价值。对私权垄断的保护，体现于各种设权规范；而对公共利益的保护则主要集中于各种权利限制条款。目前而言，中国著作权法的权利限制采用的是封闭性的规范体系，并无类似美国合理使用制度的一般条款。如果以权利配置的兜底条款否定著作权法定，将出

[37] 参见易军：“私人自治与私法品性”，《法学研究》2012年第3期，第71页及以下。

现权利“无限”而限制“有限”的不对称格局。这种截然相反的立法技术，无异于便宜了新型权利的引入，却延缓了为之匹配相应权利限制的进程：若以为著作权无所不包，承认新权利几无论证负担；而在既有的封闭性著作权限制规范无从重设利益之平衡时，续造合适的权利限制尚需冒“法外创新”之险，论证上的负担即显著增加。因此，以兜底条款否认权利之法定，将使著作权法的利益平衡偏向私权垄断一端，与本法之体系并不相符。

（三）历史解释

中国《著作权法》是在2001年修订时设立第10条第1款第（17）项的兜底条款的，从当时全国人大常委会法制工作委员会主编的法律释义或可管窥立法者的倾向。相关条文的释义指出：“理论上讲，作品有多少种使用方式，作者就有多少种权利。著作权立法有一个一般原则，凡是没有进行明文限制，其权利归作者。”如此极端的措辞似乎意味着“权威解释”已经放弃了法定主义的立场，但是释义又接着说“并不是在一切情况下都可以作出这样的解释”，其举的例证是德国、法国著作权法中规定的“追续权”，就不应当属于著作权人享有的“其他权利”，但并未就此说明原由。^[38]那么，究竟在哪些情况下就不可以做出这样的解释？有没有一个可以把握的标准？显然，“权威解释”对权利法定的态度前后矛盾、语焉不详，无法据此得出令人服膺的结论。

（四）比较法解释

以他国法相同或类似条款的解释为参照，亦可为本国法的解释提供智识上的助益。既然法定主义是德国法学之产物，不妨将目光置于德国的著作权法。在《德国著作权法》中，对著作权也采用了非穷尽列举的方式。根据《德国著作权法》第15条，作者享有以有体方式利用其作品的排他性权利，“主要包括”复制权（第16条）、发行权（第17条）、展览权（第18条）等，作者还享有以无体方式向公众传播其作品的权利，“主要包括”朗诵、演出和放映权（第19条）、信息网络传播权（第19a条）、广播权（第20条）、通过影像或声音载体传播权（第21条）、对广播以及信息网络传播的传播权（第22条）等。德国通说对该条的理解是，这一非穷尽的列举表明立法赋予了作者一个“全面的著作权”。尽管不少学者支持知识产权法定，但都以此条为依据否认著作权的法定。^[39]

然而，德国的这一学理解释能否为我国法所参考，不无疑问。作为“作者权体系”的代表，德国著作权法极端强调“创作者本位”与“一元论”。^[40]根据“创作者为作者原则”，德国著作权法上的作者只能是自然人；“一元论”则禁止作者对著作权的概括性转让。即使在权利的许可制度中，在对合同的解释上，也更多地倾向于为作者提供保护。因此，学界将权利的兜底条款解释为著作权包罗所有已知和未知的权利，是与德国著作权对作者的极致保护密切相关的。中国著作权法非为“作者权体系”和“版权体系”的任何一个典型，毋宁说杂糅了两方的各种规范，但后者的功利主义或工具主义无疑得到了更多的彰显。质言之，德国法学对权利兜底条款的理解难以为我国法所借用。

[38] 参见胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，法律出版社2002年版，第67页。

[39] 例如 Jänich, Geistiges Eigentum-eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum (2002), S. 197, 242.

[40] 参见李陶：“媒体融合背景下报刊出版者权利保护——以德国报刊出版者邻接权立法为考察对象”，《法学》2016年第4期，第105页。

即使在学说上鼓吹“全面的著作权”，德国著作权法的实务却表露了对法定主义的推崇，司法活动的谦抑性仍不失为其主流特征。根据《德国著作权法》的立法理由，当事人不得援引第15条规定的“一般性的著作财产权”来突破立法已经定型化的各种权利的定义及其中所包含的限制（类似于“禁止向一般条款逃逸”）。〔41〕换句话说，法律对各种权利的定义式列举恰是为了追求法律之确定性，此确定性不能为第15条的一般性规定所瓦解。非封闭性和明确性兼为权利清单的技术特征。因此，德国法官在面对一项新的作品利用方式时，通常都采取谨慎的态度，避免认可一项新的利用权，而是尽可能地对著作权法中现有的利用权进行扩大解释，以此满足对作者的保护需求。〔42〕

（五）目的解释

要揭示该条文与法定主义的关系，最终还须依赖法律的目的解释。通说认为，《著作权法》第10条第1款第（17）项在性质上是设立著作权的兜底条款。兜底条款本身只是与列举主义（Enumerationsprinzip）相对应的一种立法技术，出于自身的有限理性，立法者无法穷尽地列举法律概念所容纳的各种情形，因而授权法官在具体的个案中弥补类型化之不足。〔43〕兜底条款既能够确保法律条文的开放性，又不至使法官造法成为脱离实定法的法外造法。作为对科学技术发展最为敏感的法律部门之一，著作权法中似乎更有必要设立这样的兜底条款，以实现引致法官造法的功能。前文已然论证，法官造法并非法定主义的对立范畴，因此，以授权法官造法的兜底条款否定法定主义也自然失去了逻辑之根基。举凡以权利设定的兜底条款否认法定主义者，也都存在对法官造法与法定主义关系的误解。〔44〕易言之，兜底条款所针对的对象是裁判者，而非授权当事人任意创设权利之自由。唯因兜底条款之存在，法官法（Richterrecht）凭借制定法之明文授权，也可以被视作“法定主义”中的“法”。〔45〕但如同卡纳里斯所言，法官在续造新的权利类型时“只能个别地创设构成要件明确的绝对权，而不能以总括的方式否认法定主义的存在，否则会使法定主义实际失去意义。”〔46〕即是说，设权的兜底条款并未授权法官可以就此宣称任何（绝对权的）权利主张都可以自动得到法律保护，法定主义和法官造法仍为“原则与例外之关系”。实际上，“兜底”（Auffangtatbestand）之谓，也说明其并非著作权设权的基础性规则，而是法定类型的从属规则，只有在具体的设权规范不适用的情形才存在援引兜底条款的空间。〔47〕法官并不能罔顾法定主义的要求而直接以兜底条款为依据完成个案下的设权，否则立法者对著作权的类型化也就失去了其意义。因

〔41〕 Haertel/Schiefler, Urheberrechtsgesetz und Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (1967), S. 153.

〔42〕 von Ungern-Sternberg, in: Schricker (2006), § 15, Rn. 23.

〔43〕 参见李雨峰：“知识产权民事审判中的法官自由裁量权”，《知识产权》2013年第2期；Schack, ZUM 2016, 266, 274.

〔44〕 德国著作权法学说反对法定主义也很大程度上源于对法官造法的误解，对它的批判详见杜志浩：“论物权原则在德国著作权法中的适用”，南京大学2013年硕士学位论文，第16页及以下。

〔45〕 李扬教授即持此观点，认为如果一种新的权利被认为属于这里的“其他权利”，那么这种新权利因为已被包含在制定法的概括性条款中，因而也不是制定法之外的权利，参见前注〔1〕，李扬文，第14页。

〔46〕 前注〔33〕，第376页。

〔47〕 关于兜底条款的“从属性”，可参见BGHZ 69, 128 (138 f.) = NJW 1977, 1875 (1877) - Fluglotsenstreik.

此,《著作权法》第10条第1款第(17)项本身不能成为否定法定主义之理由。更重要的问题是在法定主义的立场下应当如何适用兜底条款进行法官造法。

四、著作权法定主义适用的方法论

行文至此可知,著作权法定主义理应被确认为我国著作权法的一项基础性原则。有待进一步厘清的是如何适用这一原则的问题,即裁判者应当如何对待法定主义,如何以法定主义为依据指导自身的裁判。法定主义要求权利的类型和内容只能由制定法确定,因此著作权的种类规范和内容规范即是法定主义的适用对象。应予提示的是,在当前知识产权法定主义的论述中,常常将权利客体、变动、效力、保护等诸多事项也归为法定主义的适用对象,^[48]这不仅与民法对物权法定的狭义解释不符,^[49]同时也使得法定主义接近于一般法理对“法定权利”的表述,无助于正确把握法定主义作为结构原则的独特功能。因此,法定主义对裁判者的约束应当体现于对著作权“种类规范”与“内容规范”的独占性适用。在常规案例中,法官应斥拒当事人自由创设新的权利类型或内容,此时法定主义足以作为法官的裁判理由,其论证负担几乎为零。唯在例外的边缘案例中,才有法官造法之必要,此时对法官而言即意味着较重的论证负担,法官须严格进行以下三个步骤的检索:第一,法律是否没有为某种权利提供保护?第二,若没有提供保护,究竟是立法者专门为自由预留的空间,抑或超出预见的法律漏洞?第三,若为法律漏洞,则法官造法应全盘考虑多方利益,尽量维系利益之平衡。

(一) 种类规范

对种类规范的适用体现在,在面对一项新的作品使用行为时,应当首先对现有的著作财产权类型进行检索,看其是否属于某项法定权利的范围,如果答案为是,则应将其解释为该项权利所控制的行为,以避免向兜底条款逃逸,否则“无法展现法官如何认定该权利、如何适用法律的说理过程,不利于对裁判的评价与监督”;^[50]如果答案为否,原则上应拒绝为之创设权利,只有在确系法律漏洞的例外情况下,才可以审慎地适用权利的兜底条款,而法官此时必须充分地论证法律续造的理由。

在常规案例中,面对当事人创设的新型著作权,裁判者可以径行以法定主义为依据,拒绝为之提供绝对权的保护,此时不需要提供额外的说理。例如,实践中多次出现的“首唱权”纠纷即为此例。举例说明——词曲作者甲许可乙首次演唱作品,此后又许

[48] 有不少学者主张客体是知识产权法定的适用对象,例如有学者在论述“电视节目版式”的著作权保护时即认为,根据知识产权法定的原则,如果没有明确的立法规定,电视节目版式就无法获得著作权保护,但作者最终认为应该将电视节目版式的各个元素分归到不同的作品类型中予以保护,这恰恰说明法定作品类型的封闭性是存疑的,它并不能明确无误地将某一种作品作为“新类型”而排除在外,起决定作用的仍在于其是否构成独创性的表达。参见何鹏:“论电视节目版式的著作权保护”,《法律科学》2016年第3期。

[49] 参见常鹏翱:“物权法定原则的适用对象”,《法学》2014年第3期。

[50] 同上,第92页。实践中这种怠于检索现有规范的例子并不少见,比如在“郭某某诉某文化传播有限公司案”中,被告在网上使用原告若干动漫人物形象,法官在没有论证这一行为是否侵犯原告复制权、信息网络传播权的情况下,却直接以《著作权法》第10条第1款第(17)项的权利兜底条款为依据判令被告侵权,显然这样的裁判是毫无说服力可言的,参见《广东省深圳市南山区人民法院民事判决书》,(2012)深南法知民初字第827号。

可丙演唱作品，但在乙演唱之前，丙却首次演唱了作品。此时，作者甲无法向丙主张表演权，因为丙的演唱行为已获许可，问题在于，甲能否以“首唱权”为名向丙主张侵权责任？对于被许可人乙而言，又能否以“首唱权”向甲和第三人丙追究侵权责任？这两个问题的前提都在于是否承认“首唱权”为一项绝对性的著作财产权。在面对这一问题时，部分法院即以法定主义为依据，拒绝承认“首唱权”。例如，在新近发生的“姜延辉诉白致瑶等案”中，法院明确指出“首唱权”不是著作权法范畴的法定权利，因而作者不享有“首唱权”。^[51]当然，法院拒绝的仅仅是将“首唱权”设定为绝对权，而并不排除首唱合约对相对人的债权效力。例如，在早年发生的“马殿银案”中，法院指出：“马殿银没有按约定履行并同意改换歌手，侵犯了陈德的‘首唱’权”，这一措辞实际表明法院认为“首唱权”只是基于著作权许可合同产生的债权。^[52]

在例外情况下，法律未提供著作权的保护，可能是出于立法者的疏失。在“央视国际网络有限公司诉百度公司”一案中，^[53]争议的焦点在于对有线广播的网络实时转播行为是否侵犯著作财产权。法院首先指出，这一行为不具有交互性的特点，故不能为“信息网络传播权”所调整；而“广播权”也只调整初始传播为无线的行为。最终，法院以兜底条款为依据认定该行为属于著作权人“其他权利”的调整范围，并指出：“鉴于权利法定为著作权设定的基本原则，故对于这一兜底性权利条款的适用应采用严格的标准，否则将会对权利法定的原则造成不当影响。通常而言，只有在对相关行为不予禁止将明显有失公平的情况下，才可以适用该条款。”法院进一步指出，初始传播以“有线”或“无线”方式只是技术手段不同，并未改变行为的本身特点，《著作权法》的“广播权”以技术手段为划分依据系为立法缺陷所致，因此应当承认著作权人有控制这一行为的权利。本案中，法院即较为完整地展现了在法定主义立场下适用兜底条款进行法官造法的论证过程。

（二）内容规范

著作权法既规定了著作财产权的权能，也规定了合理使用和法定许可两大类著作权利限制。权利限制其实就是从反面界定权能的内容，二者属于一个硬币的两面，共同构成著作权的内容规范。对于这两种内容规范，适用的规律没有什么不同，即都应当忠实于规范的文本进行严格的法律解释，谨慎使用扩张解释、限缩解释和类推适用的方法改变权利的内容。此外，有些著作权利的权能和限制存在对应的关系，这就要求法官在解释著作权利的权能时，还要兼顾其对应的限制（实为体系解释之思路），反之亦然。例如，在信息网络传播权还未被各国立法确认之前，有些判例将“交互式传播”解释为受发行权控制的行为，这突破了大多数国家立法例对发行权的定义——即以“转移作品的有形复制件”为前提，由于发行权要受到权利穷尽原则的限制，由此便带来一个不能为人接受的结果：只要有人合法购得作品的复制件，那他就可以在网上自由传播作品了。可见，权能规范和限制规范共同形成一张精密的网络，不以法定主义为导向的造法活动极可能“牵一发而动全身”。

如果某种作品的使用行为不符合著作权内容规范的构成要件，法官原则上应当拒绝

[51] 参见《北京市西城区人民法院民事判决书》，（2014）西民（知）初字第17039号。

[52] 参见“河北省石家庄市陈德诉马殿银邻接权纠纷案”。

[53] 参见《北京市第一中级人民法院民事判决书》，（2013）一中民终字第3142号。

适用相关的条文,这种做法的论证负担仅在于具体构成要件的教义学解释,而不在于解释的方法本身。^[54]若要突破内容规范的字面含义,则必须充分论证具体的情形系属立法者未能预见的法律漏洞。实践中,法官对著作权权能规范的突破较为罕见,而更多的是依据《著作权法》第10条第1款第(17)项直接为某种使用行为设定新型的权利。在上文的“央视国际网络有限公司诉百度公司”一案中,相对于将网络实时转播扩张解释为广播权或信息网络传播权控制的内容,法官更倾向于创设一个“网络直播权”。与著作权的权能规范不同,著作权的限制规范并无兜底性条款,法官造法主要表现为对内容法定的突破。例如,根据《著作权法》第22条第1款第(6)项,“为学校课堂教学或者科学研究,翻译或者少量复制已经发表的作品,供教学或者科研人员使用”属于合理使用。在“北影录音录像公司案”中,法官则认为,电影院校为课堂教学而将他人的作品摄制为电影的行为也属于这里的“合理使用”,理由在于“其教学方式具有特殊的特殊性,练习拍摄电影应属于该校进行课堂教学活动必不可少的一部分”。^[55]这一对“内容法定”的突破可以说符合法定主义的立场,因为法官已试图证明了法律漏洞的存在:立法者没有预见到不同学校课堂教学使用作品的多样性。

五、结语

知识产权法不应成为民法的“弃子”,作为母本系统的民法本身能为知识产权法域的民事生活提供充足的规范支撑。即便知识产权不断演化出自身的特有规则,它也始终存在于民法的阳光普照之中。在知识产权法的研究中,处理与一般私法的关系时,应更多地秉承“求同”,而非“尊异”,追求“回归”,而非“逃离”。这不仅是出于私法体系化的美好愿景,更是避免舍近求远、故步自封的现实需求。

以物权法定的形式理由及法政策目的为根据,法定主义在著作权法等知识产权法域中得以确立。对于维持整个私法的物债二分体系而言,我们仍然可以对法定主义抱有合理的期待。在著作权法的规范世界里,随着法定主义逐渐为学术和司法实务所体认,我们更有理由期待,它将如同在物权法领域那般,继续发挥其特有的教义学功能。

参考文献

- [1] 崔国斌. 著作权法 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2014.
- [2] 齐爱民. 知识产权法总论 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2010.
- [3] 胡康生. 中华人民共和国著作权法释义 [M]. 北京: 法律出版社, 2002.
- [4] 张今, 郭斯伦. 著作财产权体系的反思与重构 [J]. 法商研究, 2012 (4).

(责任编辑: 朱晓峰 赵建蕊)

[54] 在有关设置链接是否侵犯信息网络传播权的案例中,就有法院在判决中引述法定主义的立场,指出设置链接应当是向公众提供作品的行为,这一点并无疑虑,有争议的仅仅在于如何解释这里的“提供”,参见“北京动艺时光网络科技有限公司与北京盛世骄阳文化传播有限公司案”,《北京知识产权法院民事判决书》,(2015)京知民终字第796号;“上海幻电信息科技有限公司与飞狐信息技术(天津)有限公司案”,《上海知识产权法院民事判决书》,(2015)沪知民终字第276号。

[55] 参见“北影录音录像公司诉北京电影学院侵犯作品专有使用权纠纷案”,《最高人民法院公报》1996年第1期。